

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/197260>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-02 and may be subject to change.

‘Hoe zou u het bewijsrecht willen moderniseren?’

Verslag van de najaarsvergadering 2017 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht

*Mr. J.J. Dammingh en mr. L.M. van den Berg**

Algemeen

De najaarsvergadering van 2017 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (hierna: NVvP), die plaatsvond op 24 november 2017, droeg de titel ‘Hoe zou u het bewijsrecht willen moderniseren?’

De voorzitter, prof. mr. C.J.M. Klaassen, heeft bij wijze van inleiding (de keuze voor) het thema van deze vergadering en de achtergronden ervan toegelicht. Het bewijsrecht is in het kader van ‘KEI’¹ buiten beschouwing gelaten (de enige noemenswaardige wijziging in de KEI-wetgeving op het gebied van bewijs is de introductie – in het nieuwe art. 30k lid 2 Rv – van de mogelijkheid om tijdens de mondelinge behandeling getuigen en partijdeskundigen door de rechter te laten horen²). Wel heeft de minister van Veiligheid en Justitie (hierna: de Minister) in 2014 enkele experts verzocht om advies uit te brengen over de noodzaak en de wenselijkheid van een modernisering van het (wettelijke) bewijsrecht in civiele procedures.

De Expertgroep modernisering bewijsrecht (hierna: de Expertgroep), bestaande uit mr. A. Hammerstein (voorzitter), prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock,³ is medio 2014 aan de slag gegaan. In april 2017 heeft de Expertgroep haar eindrapport – onder de titel *Modernisering burgerlijk bewijs-*

recht (hierna: het Rapport)⁴ – uitgebracht.⁵ De Minister heeft het Rapport bij brief van 7 juni 2017 aan de Tweede Kamer gezonden.⁶ Hij heeft aan het slot van de begeleidende brief opgemerkt:

‘De experts hebben een mooi en gedegen advies opgesteld. Het advies met de aanbevelingen biedt naar mijn mening bruikbare aanknopingspunten voor de modernisering van het bewijsrecht en past binnen de doelstellingen van het Programma Civiele Rechtspleging.’⁷

Er wordt thans, naar aanleiding van het Rapport, aan een wetsvoorstel gewerkt (op het ministerie). Dit alles vormde voor de NVvP aanleiding om (de modernisering van) het bewijsrecht als onderwerp voor deze vergadering te kiezen. Tijdens deze vergadering kunnen niet alle aspecten die in het Rapport aan de orde komen, worden besproken. In overleg met de sprekers is ervoor gekozen om de nadruk te leggen op (1) de waarheidsvinding in een civiele procedure en (2) de rol c.q. verantwoordelijkheid van enerzijds de rechter en anderzijds partijen voor zover het de feitengaring betreft.

In het Rapport is opgemerkt dat het advies is gericht op ‘het optimaliseren van de informatiegaring en de bewijslevering teneinde tot een effectieve en efficiënte geschilbeslechting te (kunnen) komen’.⁸ De Expertgroep acht het met het oog hierop van wezenlijk belang dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de procedure – derhalve in de *preprocessuele* fase – informatie en bewijsmateriaal verzamelen.⁹ Dit zal wel leiden tot een *verschuiving* van het moment waarop (in een procedure) bewijs moet worden verzameld en geleverd. Het idee achter het ‘naar voren halen’ van de feitengaring is dat het de

* Mr. J.J. Dammingh is universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. L.M. van den Berg is stafjurist in de Rechtbank Gelderland en tevens verbonden aan de sectie burgerlijk (proces)recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. KEI (Kwaliteit en Innovatie) is het door de Raad voor de rechtspraak en de minister van Veiligheid en Justitie geïnitieerde project gericht op het behoud en de versterking van goede, toegankelijke, eenvoudige, snelle, doelmatige en betaalbare rechtspraak. Het ‘KEI-project’ heeft tot wetgeving geleid. Zie o.m. *Stb.* 2016, 288-291 en *Stb.* 2017, 174. Zie over de KEI-wetgeving o.m. J.H. Rutten, ‘Beginnen met KEI. Procesinleiding en oproepingsbericht in de civiele vorderingsprocedure’, *TCR* 2018, afl. 1, p. 14-22.

2. In eerste instantie is wel overwogen om de modernisering van het bewijsrecht mee te nemen in het KEI-project, maar de Minister heeft daar na beraad van afgezien omdat de standpunten in de praktijk ten aanzien van de mogelijke aanpassing van het bewijsrecht sterk verdeeld zijn.

3. A. Hammerstein is oud-lid van de Hoge Raad en regeringscommissaris KEI; W.D.H. Asser is oud-lid van de Hoge Raad en hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden; en R.H. de Bock is thans advocaat-generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar Bijzondere aspecten van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

4. Het Rapport is gepubliceerd in: *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 384 (Bijlage). In dit verslag zal het steeds ‘Rapport’ worden genoemd.

5. Zie over het Rapport o.m. Y.A. Wehrmeijer & E.M. Hoogervorst, ‘Naar een modern burgerlijk bewijsrecht’, *TCR* 2018, afl. 1, p. 1-9. Afl. 5 van het *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017 is geheel aan de modernisering van het bewijsrecht gewijd. De special heeft als titel ‘Naar een modern bewijsrecht’ en bevat bijdragen van A.W. Jongbloed, H.F.M. Hofhuis, M.A.J.G. Janssen en J. Ekelmans.

6. *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 384.

7. *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 384, p. 5.

8. Zie Rapport, p. 17.

9. Zie Rapport, p. 23.

bereidheid tot schicken zal vergroten; partijen zullen naar verwachting eerder tot het treffen van een minnelijke regeling bereid zijn wanneer de feiten tussen hen (al) vaststaan. Een voordeel van preprocesuele informatieverzameling is ook (volgens de Expertgroep) dat de rechter zo veel mogelijk al vroeg in de procedure – namelijk uiterlijk bij de mondelinge behandeling – over alle relevante informatie beschikt.¹⁰

De voorzitter wijst er echter op dat de in het Rapport bepleite preprocesuele feitengaring ook de nodige vragen oproept. Want welke – extra – belasting zullen de voorlopige bewijsverrichtingen voor de rechter vormen? En hoever mag – of moet – hij gaan voor zover het de feitengaring betreft? Hoe zal de rolverdeling tussen enerzijds de rechter en anderzijds partijen (moeten) zijn, mede in het licht van de sterkere regiefunctie die in het kader van KEI aan de rechter is toegekend? Ook het kostenaspect is niet onbelangrijk: de Expertgroep heeft erop gewezen dat het ‘verschuiven’ van de informatieverzameling naar de preprocesuele fase tot ‘frontloading’ van kosten zal leiden, in die zin dat kosten voorafgaand aan de procedure (moeten) worden gemaakt (in plaats van tijdens de procedure). Zal dat in de praktijk bezwaarlijk zijn voor partijen (en van invloed zijn op de keuzes die zij maken)? Tijdens de vergadering is door de sprekers op deze vragen ingegaan. Mr. drs. F.J.P. Lock, senior-raadsheer in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, heeft – als (ervarings)deskundige op het gebied van het bewijsrecht – vanuit het perspectief van de rechter zijn licht laten schijnen over de aanbevelingen in het Rapport. Dr. H.J.R. Kaptein heeft – als rechtsfilosoof – in een breder perspectief over waarheidsvinding, bewijs en feitengaring gesproken. En tot slot heeft mr. T.R.B. de Greve, advocaat te Amsterdam, als ervaren *litigator* zijn visie op de aanbevelingen in het Rapport gegeven.

Inleiding mr. drs. F.J.P. Lock¹¹

Stellingen:

1. Met het oog op het belang van waarheidsvinding mag de rechter, net als in de verzoekprocedure (art. 284 lid 2 Rv), ook in de vorderingsprocedure bevelen om door hem aangewezen getuigen te doen oproepen.
2. De verplichting van partijen om reeds bij aanvang van de procedure alle relevante informatie te verschaffen, dient te worden onderworpen aan een procesrechtelijke ‘dubbele redelijkheidstoets’: zij dienen die informatie (volledig en naar waarheid) te verstrekken (1) waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die voor de beslissing van betekenis kan zijn en (2) ten aanzien waarvan van partijen redelijkerwijs mocht worden verlangd dat zij deze informatie zouden vergaren of aan het vergaren daarvan hun medewerking zouden verlenen.
3. Het verdient aanbeveling in de wet uitdrukkelijk op te nemen dat de rechter bevoegd is om in iedere stand van

het geding aan partijen suggesties te doen om de grenzen van de rechtsstrijd te verleggen.

Inleiding

Lock begint met een citaat: ‘The pursuit of truth is considered critical to the function of law. This is true in both the common law and civil law traditions.’¹² Waarheidsvinding als beginsel van procesrecht, het wordt (inmiddels) alom omarmd. Dat is niet voor niets: rechtspraak die niet aansluit bij de werkelijkheid, wordt niet als gerechtigheid ervaren. De Expertgroep heeft hierover in het Rapport gezegd:

‘Het uiteindelijke doel van het bewijsrecht is mogelijk te maken dat de rechter op basis van een zo volledig en correct mogelijk vastgesteld feitencomplex een juiste en rechtvaardige beslissing neemt.’¹³

Lock onderschrijft deze stelling van harte. De realiteit is echter dat dit ‘ideaal’ niet altijd wordt bereikt: de waarheid laat zich niet in alle gevallen vaststellen, en zowel de rechter als partijen lopen in dit verband tegen beperkingen aan.

Waarheidsvinding als grondbeginsel van ons burgerlijk procesrecht, dat schept hoge verwachtingen. Kunnen deze wel worden waargemaakt, zo vraagt Lock zich af. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) lijkt in dit opzicht ambivalent. Aan de ene kant rust op partijen de waarheidsplicht van art. 21 Rv en kan de rechter krachtens art. 22 Rv partijen bevelen om stellingen toe te lichten en/of bescheiden in het geding te brengen. Aan de andere kant volgt uit art. 149 Rv dat de rechter is gebonden aan de door partijen aangedragen feiten; daarnaast geldt dat hij door de ene partij gestelde feiten die niet door de wederpartij (gemotiveerd) zijn betwist, als vaststaande feiten dient te accepteren. En als in hoger beroep na de conclusiewisseling nog feiten worden aangevoerd en daarop een vordering of verweer wordt gebaseerd, dan brengt de ‘twee-conclusie-regel’ mee dat die feiten in beginsel niet meer in de beoordeling mogen worden betrokken. Dit heeft met waarheidsvinding niks te maken, maar vloeit voort uit andere – eveneens te respecteren – uitgangspunten van ons procesrecht, zoals de ‘partijautonomie’ en het belang van een voortvarend verloop van de procedure.

Art. 24 en 149 Rv brengen mee dat de feiten in het domein van partijen liggen. De rechter heeft echter – in toenemende mate – ook een eigen verantwoordelijkheid gekregen, voor zover het om de waarheidsvinding gaat. Partijen en de rechter hebben ieder hun eigen rol en verantwoordelijkheid ten aanzien van het vaststellen van de feiten. Lock wijst op de zeven stappen van het ‘klassieke’ stappenplan, beginnend met de stelplicht en eindigend met de bewijswaardering: (1) stellen, (2) (gemotiveerd) betwisten, (3) bewijslastverde-

10. Zie Rapport, p. 23.

11. Senior-raadsheer in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en tevens onderzoeker aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

12. O. Perez, ‘Judicial strategies for reviewing conflicting expert evidence: Biases, heuristics, and higher-order evidence’, *American Journal of Comparative Law* (64) 2016, afl. 1, p. 75-120.

13. Zie Rapport, p. 11.

ling, (4) bewijsaanbod, (5) bewijsopdracht, (6) bewijslevering en tot slot (7) bewijswaardering.¹⁴ Dit plan – waarvan de stappen ‘tussenstations’ zijn op weg naar waarheidsvinding – biedt de rechter houvast en partijen een wegwijzer voor de te volgen koers. Wordt een van de stappen echter niet (of niet juist) genomen, dan wordt het proces van waarheidsvinding abrupt afgebroken. Het komt in procedures geregeld voor dat men aan bewijslevering niet toekomt doordat een partij niet aan haar stelplicht heeft voldaan of een onjuist bewijsaanbod heeft gedaan. Dit leidt nogal eens tot onbegrip.

Lock benadrukt dat er onduidelijkheid blijft bestaan indien (zoals nu het geval is):

1. het aan partijen wordt overgelaten om te bepalen welke informatie in het geding wordt gebracht;
2. de mogelijkheid – en onder omstandigheden het recht – bestaat om af te wachten of de rechter (al dan niet) gelegenheid tot bewijslevering zal bieden; en
3. onduidelijk is in welke mate de rechter zelf naar de werkelijke feiten op zoek mag gaan.

Dat moet dus anders. Lock complimenteert de Expertgroep met de concrete voorstellen die zij in het Rapport heeft geformuleerd om de ons procesrecht kenmerkende (hiervoor aangeestipte) ambivalentie het hoofd te bieden. Hij gaat nader in op de volgende in het Rapport vervatte suggesties:

- a. de actievare preprocesuele rol van partijen;
- b. de (on)mogelijkheid tot bewijslevering tijdens de procedure;
- c. de verhouding tussen enerzijds waarheidsvinding en anderzijds de feitelijke grondslag.

Ad a. Actievare preprocesuele rol van partijen

De meest in het oog springende vernieuwing in het Rapport vindt Lock het voorstel om partijen ertoe te dwingen om reeds vóór de procedure het bewijs c.q. de feiten te verzamelen en te presenteren (in plaats van het leveren van bewijs, op initiatief van de rechter, tijdens de procedure). Hiermee wordt de verantwoordelijkheid voor de feitengaring primair bij partijen gelegd. Lock acht dit begrijpelijk: het gaat om het geschil van partijen, en het is dus aan hen om de relevante feiten volledig en naar waarheid aan de rechter te presenteren. Op het eerste oog lijkt het voorstel van de Expertgroep niet zo revolutionair. Ook nu al geldt immers de eis dat een stelling of betwisting voldoende gemotiveerd moet zijn, dat soms een verzwaarde motiveringsplicht geldt en dat schriftelijke stukken ‘spontaan’ door partijen moeten worden overgelegd.

Bij een nadere beschouwing is het voorstel volgens Lock (toch) ingrijpender dan het misschien lijkt. De Expertgroep stelt namelijk in wezen voor om de stel- en betwistingsfase (de stappen 1 en 2) en de fase van bewijslevering (stap 6) als het ware in elkaar te schuiven. Daarmee zouden de fasen van bewijslastverdeling, bewijsaanbod en bewijsopdracht als tussenstap in één klap overbodig worden. Lock meent dat hieraan

belangrijke voordelen zijn verbonden: niet alleen wordt het partijen onmogelijk gemaakt om hun kaarten ‘tegen de borst te houden’, maar ook wordt ermee voorkomen dat de rechter de zaak al te gemakkelijk (reeds) in de stelfase afdoet (zonder aan bewijswaardering en daadwerkelijke feitenvaststelling toe te komen).

Ad b. (On)mogelijkheid tot bewijslevering tijdens de procedure

Maar partijen zullen niet altijd kunnen of willen voldoen aan de verplichting om voorafgaand aan de procedure de feiten te verzamelen. Wat moet het gevolg zijn van het niet voldoen aan deze verplichting? De Expertgroep stelt een (zware) *sanc-tie* voor: de partij die in gebreke is gebleven gebruik te maken van de mogelijkheden tot bewijsgaring die redelijkerwijs in de preprocesuele fase voorhanden waren, krijgt tijdens de procedure in beginsel geen of slechts beperkte mogelijkheden tot het (nader) stellen van feiten of de (nadere) bewijslevering daarvan.¹⁵ Lock benadrukt dat partijen zich moeten realiseren dat er een andere dynamiek ontstaat – gericht op het recht doen aan de werkelijkheid – zodra zij hun geschil aan de rechter voorleggen. Aan het door de Expertgroep voorgestelde stelsel kleef volgens Lock wel het risico dat partijen te veel zullen doen (om maar niet tijdens de procedure te worden ‘afgerekend’), hetgeen zou kunnen leiden tot onnodige kosten en een onnodige belasting van het gerechtelijk apparaat in de preprocesuele fase. De Expertgroep verwacht dat dit risico wordt ‘geëlimineerd’ doordat er minder zal worden geprocedeerd, maar Lock deelt die verwachting niet. Hij pleit er daarom voor om in dit kader een nader criterium te hanteren, namelijk de zogenoemde ‘*dubbele redelijkheidstoets*’. Daarmee bedoelt hij dat partijen slechts mogen worden ‘afgerekend’ wanneer zij niet die informatie (volledig en naar waarheid) verstrekken:

1. waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die voor de (rechterlijke) beslissing van betekenis kan zijn; en
2. ten aanzien waarvan van partijen redelijkerwijs mocht worden verlangd dat zij deze informatie zouden vergaren dan wel aan het vergaren daarvan zouden meewerken.

De partij die *niet* aan deze ‘dubbele redelijkheidstoets’ voldoet, verliest haar *recht* op (verdere) bewijslevering. Aan de bevoegdheid van de rechter om alsdan nog nadere inlichtingen te vragen of ambtshalve bewijs op te dragen, wordt – uiteraard – niet getornd. Heeft een partij *wel* conform voornoemd criterium gehandeld, maar blijkt tijdens de procedure dat er toch nadere feiten moeten worden verzameld (c.q. bewijs moet worden geleverd), dan dient zij daarvoor nog wel gelegenheid te krijgen. Lock meent dat het voorgaande een wijziging van art. 166 Rv vergt. Het Rapport rept daar niet over (maar dat is misschien ook meer iets voor wetgevingsjuristen).

14. Zie art. 149, 150 en 152 Rv.

15. Zie Rapport, p. 25 en 91.

Ad c. Verhouding tussen waarheidsvinding en de feitelijke grondslag

Het Rapport concentreert zich op het proces van feitengaring, en zegt weinig over de wijze waarop die feiten een plek in het processuele debat moeten krijgen. Dit laatste verdient volgens Lock wel meer aandacht. De begrippen ‘partijautonomie’ en ‘rechterlijke lijdelijkheid’ worden tegenwoordig vrij algemeen als achterhaald beschouwd. De hedendaagse rechter heeft een actieve en sturende rol bij zowel het onderzoek naar de feiten als het bepalen van het verloop van de procedure. De vraag rijst – mede in het licht van het inmiddels ook in het civiele proces omarmde beginsel van waarheidsvinding – hoe die rol zich verhoudt tot art. 24 Rv, waaruit volgt dat partijen de omvang van de rechtsstrijd bepalen.

Art. 24 en 149 Rv hebben elk een eigen functie, maar kunnen niet los van elkaar worden gezien. Volgens art. 149 Rv mag de rechter in beginsel slechts rekening houden met feiten die door partijen naar voren zijn gebracht, terwijl art. 24 Rv bepaalt dat hij slechts die (overeenkomstig art. 149 Rv gebleken) feiten bij zijn beslissing mag betrekken, die partijen aan hun vordering c.q. verweer ten grondslag hebben gelegd. Als de rechter dus bijvoorbeeld vaststelt – gelet op de door partijen overgelegde informatie – dat de overeenkomst waarvan de eiser nakoming vordert vernietigbaar is, maar de verweerder heeft nagelaten om daarop een beroep te doen, dan zal hij daarmee geen rekening mogen houden bij zijn beoordeling. Lock acht dit onbevredigend, omdat daardoor het proces van waarheidsvinding geweld wordt aangedaan: er wordt immers een uitkomst bereikt die niet in overeenstemming is met de werkelijke materieelrechtelijke positie van partijen.

Lock pleit er daarom voor om niet alleen op het gebied van de feitengaring (art. 149 Rv), maar ook op het gebied van de aan de vordering c.q. het verweer ten grondslag gelegde feitelijke grondslag (art. 24 Rv) uitdrukkelijk aan de rechter (ambtshalve) bevoegdheden toe te kennen. Wat hebben we immers aan waarheid in een procedure als die waarheid niet tot haar recht kan komen doordat de rechter die ware feiten niet aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen?

De Expertgroep roept in het Rapport op tot een nadere overdenking op dit punt, maar dat vindt Lock onvoldoende. De discussie daarover heeft inmiddels wel lang genoeg geduurd. Hij stelt voor om bij wet te bepalen dat de rechter bevoegd zal zijn om met het oog op de juiste uitkomst van het geding aan partijen suggesties te doen strekkend tot het verleggen van de grenzen van hun rechtsstrijd. Op die wijze komen art. 149 Rv, waarheidsvinding en art. 24 Rv weer bij elkaar. Hiermee wordt overigens niet getornd aan het – ook door Lock omarmde – uitgangspunt dat partijen zelf mogen bepalen waarover zij ruziemaken. De rechter mag een suggestie doen om de feitelijke grondslag (onder hun vordering of verweer) te wijzigen, maar als die suggestie niet wordt overgenomen, dan is hij daaraan gebonden.

Men kan zich nog afvragen of een dergelijke (discretionaire) bevoegdheid tot rechterlijke willekeur kan leiden. Lock meent

van niet. Thans wordt toch ook niet beweerd dat de ambtshalve bevoegdheid van de rechter om stukken op te vragen, een comparitie te gelasten of bewijs op te dragen strijdig met het verbod van willekeur zou zijn? Het gaat hier om een bevoegdheid over een materie die primair op het terrein van partijen ligt. Als partijen op dat terrein steken laten vallen, dan zou de rechter moeten kunnen ingrijpen om een uitkomst te bereiken die recht doet aan de werkelijke rechtspositie van partijen. Uiteraard is het wel van belang dat de rechter hierbij zijn onpartijdigheid bewaakt, te allen tijde hoor en wederhoor in acht neemt, en ook dat hij zich laat corrigeren wanneer blijkt dat hij op het verkeerde spoor zit. Overigens kan een bevoegdheid zoals hiervoor geschetst in hoger beroep vrij gemakkelijk botsen met het grievenstelsel en de ‘twee-conclusie-regel’. Lock pleit daarom voor een versoepeling van de ‘trechter’ waarin de appelrechter ten koste van de waarheidsvinding terecht kan komen.

Afsluiting

Lock sluit af met de opmerking dat hij het pleidooi van de Expertgroep voor (meer) *preprocessuele* feitengaring ondersteunt. Rechtspraak dient zo veel mogelijk bij de werkelijkheid aan te sluiten. Daarbij past eveneens dat de rechter naar aanleiding van de vastgestelde feiten aan partijen de suggestie mag doen om de feitelijke grondslag van hun vordering of verweer aan te passen. Ook dat hoort bij het hedendaagse bewijsrecht, aldus Lock. Hij merkt tot slot nog op dat de (ook) in het Rapport gedane suggestie om art. 164 *lid 2* Rv af te schaffen, zijn onvoorwaardelijke steun heeft.

Discussie

De heer Snijders (advocaat te Utrecht) vraagt zich af of in het aanvullen van de feitelijke grondslag door de rechter niet al spoedig een bevooroordeeldheid ligt besloten.

Lock meent van niet: de rechter doet niet meer dan een suggestie, het is vervolgens aan partijen om daar al dan niet iets mee te doen.

Mevrouw de Groot (raadsheer in de Hoge Raad) vindt het voorstel om art. 24 Rv aan te passen logisch. Zij heeft dat zelf in 2012 ook al eens geopperd, maar kreeg daar toen niet de handen voor op elkaar. Overigens vraagt De Groot zich af hoe partijen kunnen begrijpen dat de rechter slechts een *suggestie* (aangaande het wijzigen van de feitelijke grondslag) doet. Dat is volgens Lock mede de reden waarom een wettelijke regeling nodig is.

De heer Hofhuis (oud-rechter) werpt de vraag op of er wel een (wezenlijk) verschil is tussen de huidige situatie en de in het Rapport voorgestelde *preprocessuele* feitengaring.

Volgens Lock is het cruciale verschil dat er thans geen sanctie staat op het niet voldoen aan de bewijsaandraagplicht, terwijl de Expertgroep wel een (vergaande) sanctie wil verbinden aan het niet voldoen aan de verplichting om (al) in de *preprocessuele* fase de feiten te verzamelen (en te presenteren).

De heer Hammerstein geeft aan dat de Expertgroep het in grote lijnen eens is met hetgeen Lock heeft betoogd ter zake van de mogelijkheid tot aanvulling – op suggestie van de rechter – van de feitelijke grondslag. Dit gebeurt ook al in bestuursrechtelijke zaken en ook in arbitrages. Wel moet worden vermeden dat bij partijen het gevoel ontstaat dat de rechter gaat meeprocéderen.

Inleiding dr. H.J.R. Kaptein¹⁶

Stellingen:

1. Als alle bewijsrecht moet het civiele bewijsrecht zijn gericht op vinding van de historische (en toekomstige) waarheid ter zake, als wezenlijke vooronderstelling van een eerlijk proces: 'het recht zit in de feiten'.
J. Bentham: het gaat om niets meer dan waarheid en relevantie: *The field of evidence is the field of knowledge*. Waarheidsvinding in rechtspraak is niets anders dan retrodictie (archeologie) en predictie uitgaande van beschikbaar bewijsmateriaal.
2. De voorgestelde hervorming gaat nog niet ver genoeg. Beginselen als 'wie stelt moet bewijzen' en 'wat niet gemotiveerd wordt weersproken', hoe ook gekwalificeerd, leiden tot drogredeneringen *ad ignorantiam*. Wat niet is bewezen is daarom nog niet onwaar.
De voorgestelde hervorming overstijgt niet wezenlijk het 'drie verhalen'-scenario: 'de rechter construeert het beslissende verhaal uit de verhalen die partijen vertellen'. Daarin is waarheidsgetrouwheid ten onrechte bijzaak. De kracht van de verhalen is uiteindelijk retorica, volgens de regels van het spel. Die staat op gespannen voet met de waarheid. ('De waarheid bestaat niet' is een onzinnig uitgangspunt.) Art. 21 Rv c.a. kan daaraan niet alles doen en is bovendien beperkt tot feiten die partijen inbrengen.
3. Verdergaande hervorming moet dan ook leiden tot: afschaffing van bewijsregels die waarheidsvinding in de weg staan, en beperking van partijautonomie en van rechterlijke lijdelijkheid.
Waarom geen rechterlijke bevoegdheden tot eigen feitenonderzoek? (*Fair trial* is in de eerste plaats rechtspraak op grond van de feiten van het geval.) Alle betrokkenen moeten meewerken aan waarheidsvinding; ook kwalificatie van confidentialiteit voor advocaten.

Inleiding

Een uitgangspunt in het Rapport is dat de algemene regels van art. 149 tot en met 155 Rv ongewijzigd blijven, omdat deze bepalingen nog steeds bruikbare regels voor het bewijsrecht bevatten. Daarnaast blijkt uit het Rapport dat de Expertgroep waarheidsvinding als een 'fundamenteel beginsel' van procesrecht beschouwt: 'zonder een juiste feitelijke basis hangt de beslissing "in de lucht"' (en dit ondergraaft het vertrouwen in de rechtspraak).¹⁷ Kaptein vraagt zich af hoe de algemene

bepalingen van art. 149 tot en met 155 Rv zich verhouden tot de waarheid (hij noemt het 'geen goed huwelijk').

Kaptein geeft aan dat de agenda van zijn voordracht er als volgt uitziet: (1) bewijs als de 'droom' van een betrouwbare feitenvaststelling, (2) het (burgerlijk) bewijsrecht als principieel verkeerde oplossing voor het probleem, en (3) hoe het beter zou kunnen, met een vertaling naar de praktijk (voor rechters, partijen en advocaten).

Ten aanzien van het eerste agendapunt, de 'droom', stelt Kaptein dat besluiten idealiter genomen moeten worden op grond van de feiten zoals die waren c.q. zijn (de 'elementaire waarheid'); dit geldt – dus – ook voor door de rechter te nemen beslissingen. De vraag is echter: hoe stellen we die feiten vast? Kaptein geeft het voorbeeld van de eiser die stelt dat zijn fiets (door de gedaagde) is gestolen. Had eiser wel – daadwerkelijk – een fiets (aannemend dat de diefstal gemotiveerd wordt betwist)? Hoe kan het verleden worden gereconstrueerd vanuit het heden? Hoe kan de rechter de 'elementaire waarheid' vaststellen? Hij was er zelf immers niet bij toen de fiets (wellicht) werd gestolen. En de 'sporen' uit het verleden zijn verenigbaar met een schier oneindig aantal scenario's.

Kaptein onderscheidt vier soorten bewijs: (a) wat de rechter onmiddellijk en volledig voor ogen komt ('*autoptic profference*'), (b) indirect bewijs ('*circumstantial evidence*'), (c) direct getuigenbewijs en (d) getuigenbewijs van indirect bewijs. Vooral het bewijs via getuigen vindt Kaptein problematisch. Hij citeert Hume (1748):

'No testimony is sufficient to establish a miracle, unless the testimony be of such a kind that its falsehood would be more miraculous than the fact which it endeavours to establish; and even in that case, there is a mutual destruction of arguments, and the superior only gives us an assurance suitable to that degree of force which remains after deducting the inferior.'

Kortom: de toetsing van een getuigenis is (ten minste) een *afweging* van enerzijds de waarschijnlijkheid van de getuigenis en anderzijds de betrouwbaarheid van de getuige.

Hoe om te gaan met de hiervoor geschetste problematiek (aangaande het vaststellen van de 'elementaire waarheid')? In het burgerlijk procesrecht is gekozen voor de uitweg van het juridisch bewijs (in plaats van wetenschappelijk bewijs). Een 'radicale uitweg' volgens Kaptein, omdat de exacte feiten moeilijk vast te stellen zijn aan de hand van de bewijsrechtelijke bepalingen in Rv. *Fair trial*, partijautonomie, rechterlijke lijdelijkheid, art. 21, 22 en 149 tot en met 155 Rv, al deze beginselen en bepalingen lijken volgens Kaptein niet zonder meer de goede heuristiek op weg naar het vaststellen van de (werkelijke) feiten. Hij citeert Nieuwenhuis: 'Wat de logicus niet lukt, volvoert de jurist zonder met zijn ogen te knippen.'

16. Rechtsfilosoof aan de Universiteit Leiden en tezamen met H. Prakken & B. Verheij redacteur van *Legal evidence and proof: Statistics, Stories, Logic, Applied Legal Philosophy*, Farnham: Ashgate 2009.

17. Zie Rapport, p. 10-11 (nrs. 6 en 8).

In wezen gaat het volgens Kaptein om gevolgtrekkingen die berusten op drogredeneringen *ad ignorantiam*: wat niet is bewezen is niet zonder meer onwaar, en wat niet is weerlegd is niet (zonder meer) waar (vergelijk ‘het monster van Loch Ness’). De remedies die in het burgerlijk procesrecht zijn ontwikkeld – zoals de omkeringsregel, de verzwaarde stelplicht, een omkering van de bewijslast, enzovoort –, doen daaraan in wezen niet toe of af. Een simpele oplossing zou wellicht zijn ervan uit te gaan dat de waarheid *niet* bestaat. Partijen hebben elk hun eigen ‘verhaal’, en de rechter schrijft op basis van die beide verhalen een derde en beslissend verhaal.

Echter: zonder *gedeelde* werkelijkheid is er (ook) geen rechtspraak. Dus moeten *delen* van die werkelijkheid zo goed mogelijk worden vastgesteld. Wat Kaptein betreft zit de Expertgroep in het Rapport zonder meer op het goede spoor. Naar zijn mening had de Expertgroep echter nog verder kunnen gaan, onder meer door de uitgangspunten zoals vervat in art. 149 tot en met 155 Rv los te laten. Kaptein doet enkele aanbevelingen. Zo pleit hij voor een actieve rechterlijke waarheidsvinding volgens de regels van het *empirisch* onderzoek. De rechter zou in dit verband (nog) meer gebruik moeten maken van art. 22 Rv en nader moeten worden geschoold in feitengaring. Kaptein ondersteunt het pleidooi van de Expertgroep voor (meer) *preprocessuele* feitengaring. Hij is ook voorstander van een ferme aanpak van een partij (of haar advocaat) die niet meewerkt aan het – tijdig – vergaren van de feiten. Verder bepleit Kaptein opheffing van de confidentialiteit tussen advocaten in civiele zaken en meer in het algemeen een verdere beperking van geheimhoudingsplichten en verschoningsrechten.

Kaptein beëindigt zijn voordracht met de leus ‘Handel in de geest van de simpele waarheid.’ Rechter, partijen en hun advocaten moeten het doen zonder radicale hervormingen, maar zij kunnen c.q. moeten wél handelen in termen van de waarheid over de feiten van het geval, en dus in die geest met het positieve recht omgaan. Kapteins pleidooi voor ‘de feiten in plaats van het recht’ zal het burgerlijk procesrecht wellicht niet wezenlijk (kunnen) veranderen, maar toch: ‘Put het veld van het mogelijke uit’, aldus Kaptein.¹⁸

Discussie

De heer Buurmans (Universiteit Leiden) werpt op dat er thans zeer veel data beschikbaar zijn.

Kaptein merkt daarover op dat het van belang is om zo veel mogelijk feiten vast te stellen. Hij pleit voor een *inquisitoire* rechter.

Buurmans vraagt zich ook af hoe de verplichting om juiste en volledige informatie te verschaffen zich verhoudt tot het feit dat een advocaat het belang van zijn cliënt behoort te behartigen. Kan van de advocaat worden verlangd dat hij fei-

ten openbaart die voor zijn cliënt ongunstig kunnen uitpakken?

Volgens Kaptein dient art. 21 Rv te prevaleren ten opzichte van het door de advocaat te behartigen partijbelang.

Mevrouw De Bock stelt dat de waarheidsvinding aan beperkingen onderhevig is. Zij begrijpt Kapteins pleidooi voor het opheffen van de ‘beperkende’ bewijsrechtelijke bepalingen in Rv niet, omdat daarvan volgens haar geen sprake is.

In reactie hierop benadrukt Kaptein dat hij – bewust – heeft gechokeerd. Maar hij voegt eraan toe dat een logicus zou menen dat het niet zo kan zijn dat ‘wie niet bewijst, die verliest’ (hetgeen thans wel uit art. 149 en 150 Rv kan voortvloeien).

De heer Hammerstein merkt op dat er altijd een spanningsveld zal zijn tussen enerzijds waarheidsvinding en anderzijds voortvarend procederen.

Inleiding mr. T.R.B. de Greve¹⁹

Stellingen:

1. Het doel dat wordt beoogd in het rapport *Modernisering burgerlijk bewijsrecht* (hierna: Rapport) vergt geen nieuwe regels maar een andere instelling van partijen en de rechter.
2. Een procespartij heeft belang bij het hebben van een slechte advocaat.
3. Net als in het strafrecht dient bij bewijsvergaring een rechter-commissaris te worden aangesteld. Deze rechter-commissaris dient geen deel uit te maken van de zittingscombinatie (vergelijk art. 268 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering (Sv)).

Inleiding

Ter toelichting op zijn eerste stelling werpt De Greve op dat het huidige recht een waaier aan mogelijkheden bevat voor rechter en procespartijen om *taylor-made* op zoek te gaan naar de waarheid. Hij onderscheidt twee categorieën van mogelijkheden:

1. aan de voorzijde: mogelijkheden om actief en vaak zelfs ambtshalve bewijs te vergaren op zoek naar de waarheid; en
2. aan de achterzijde: sancties zoals via art. 21 Rv.

Als voorbeelden van de eerste categorie, waarop hij zich zal concentreren, noemt De Greve art. 22 Rv, dat de rechter de mogelijkheid geeft om ambtshalve een toelichting te vragen of stukken in het geding te laten brengen, art. 162 Rv, dat de rechter – op verzoek, maar ook ambtshalve – de mogelijkheid biedt om openlegging van onder andere de boeken te gelasten, en art. 166 Rv, op grond waarvan de rechter – ook ambtshalve en in elke stand van het geding – een verhoor van getuigen kan bevelen. Belangrijker voor de praktijk acht De Greve echter de inlichtingencomparitie van partijen op grond van art. 88 en

18. Kaptein verwijst voor met name de ‘niet-juridische aspecten’ van zijn verhaal naar zijn boek *Logisch? Leren van drogredeneringen*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

19. Advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

131 Rv. Deze wordt vrijwel standaard na de conclusie van antwoord door de rechter bevolen. Dat is dé plek en hét moment om de eventueel nog ontbrekende feiten boven water te krijgen. En het tussenvonnissen waarin deze comparitie wordt bevolen, is bij uitstek geschikt om vragen te stellen, verzoeken te doen om getuigen mee te nemen naar de zitting en stukken bij partijen op te vragen. De rechter kan al vanaf dat moment grote invloed uitoefenen en zo maatwerk leveren.

In de praktijk wordt de laagdrempelige inlichtingencomparitie echter zelden zo gebruikt, zo stelt De Greve. Slechts in incidentele gevallen is het bevel tot de inlichtingencomparitie *tailor-made*: in de praktijk wordt doorgaans een standaardvonnis gewezen, conform het model van de desbetreffende rechtbank, door een ander dan de rechter die uiteindelijk de zaak zal behandelen. De mogelijkheden die het recht sinds in ieder geval 2002 biedt, worden maar mondjesmaat in de praktijk gebruikt. Ontwikkelt – om in de woorden van Snijders te spreken²⁰ – de attitude van de rechter zich wel even snel als het processuele jasje waarin wij de rechter steken, verruimd wordt? Ook kan men zich afvragen hoe het zit met de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid als de processuele jas waarin de rechter is gestoken zo ruim komt te zitten dat de rechter daarin, zonder enige voorspelbaarheid, zowel kan stilzitten als koppeltjeduikelen?

Maar misschien is er iets anders aan de hand, aldus De Greve. De rechter kan de ervaring hebben dat het efficiënt(er) is om even af te wachten hoe de comparitie zich ontwikkelt. Als hij eerst partijen over en weer hun zegje laat doen, zodat zij stoom kunnen afblazen en het gevoel krijgen dat eenieder zijn of haar verhaal heeft kunnen doen en dat de rechter echt luistert, kan de rechter vervolgens al polderend en vragend bezien welke stellingen nog nader toegelicht moeten worden. Dit kan leiden tot voortschrijdend inzicht.

In paragraaf 13 van het Rapport wordt het volgende tot uitgangspunt genomen:

‘Zowel partijen als rechters moeten ook overtuigd zijn van het belang van volledige informatievervalsing in een vroegtijdig stadium van de procedure. Pas dan kan er een procespraktijk ontstaan waarin het normaal is dat alle relevante informatie direct vanaf het begin van de procedure beschikbaar is voor zowel partijen als de rechter.’

Een proces is echter volgens De Greve geen statisch moment waarin, als ware het de Febo-muur van het recht, de feiten naar binnen worden geschoven en de rechtvaardige beslissing eruit rolt. Wát relevante informatie is, wordt nu juist mede bepaald door het doorlopen van dat proces. En voortschrijden,

dat is wat een procedure doet. Het is dynamisch en het inzicht bij zowel de rechter alsook partijen neemt gaandeweg toe. De stellingen, bewijsmiddelen en bewijsaanbiedingen moeten daarop worden aangepast. Onder het procesrecht van vóór 2002 hielden partijen de kaarten tegen de borst tot repliek en dupliek. Terecht is dat door de wijzigingen in 2002 veranderd en geconcentreerd naar het begin van de procedure: de dagvaarding en de conclusie van antwoord met de mogelijkheid om richting comparitie stellingen aan te vullen en desgewenst nader bewijs te leveren.

De Greve vraagt zich af of het niet een brug te ver is om partijen te verplichten om reeds vóór de procedure alle relevante feiten en bewijzen over en weer te verstrekken. Dit nog los van de vraag of een dergelijk systeem niet kan leiden tot misbruik en tal van complicaties die een efficiënte behandeling juist verhinderen. In de zucht naar efficiency ontstaat bij invoering van een dergelijk systeem een voorafgaande procedure over een toekomstige procedure over de procedure die gevolgd moet gaan worden. Bovendien valt een dergelijk systeem lastig te combineren met een systeem waarin de grenzen van de rechtsstrijd tot laat in de procedure steeds kunnen worden verlegd, straks zelfs op instigatie van de rechter. Partijen kunnen daar bij de voorgestelde preprocesuele bewijsuitwisseling moeilijk al rekening mee houden.

Aldus kunnen volgens De Greve onder meer de volgende vragen rijzen:

- Moet gedurende een instantie bij elke eiswijziging of al dan niet ambtshalve verruiming van de rechtsstrijd een interim-‘preprocesuele bewijsuitwisseling’ gaan plaatsvinden?
- Hoe te handelen indien een radicale processuele koerswijziging plaatsvindt, zoals die conform de twee-conclusieregel van art. 343 Rv tot en met de eerste conclusie in hoger beroep in beginsel is toegestaan?
- Moet dan tussen eerste aanleg en hoger beroep eveneens een interim-variant worden ingelast, of wordt de inlichtingencomparitie vóór grieven de nieuwe standaard? Het is zeer de vraag of dat met enthousiasme zal worden begroet.

Volgens De Greve ligt er dus een waslijst aan ingewikkelde uitzonderingen op de loer, die ten koste zal gaan van efficiency en rechtszekerheid. De dubbele redelijkheidstoets die Lock voorstelt als drempel voor het toelaten van bewijsverrichtingen in de zaak ten gronde, acht De Greve lastig uit te voeren, mede omdat sprake zal zijn van *hindsight bias*.

KEI belooft reeds verandering te brengen. De rechter wordt in een vroeg stadium actief betrokken en zal sturend kunnen optreden. Voorafgaand aan de zitting vervult de behandelend rechter direct ook al de rol die thans berust bij de rolrechter. Art. 30i en 30k Rv (KEI) stellen de justitiabelen het walhalla van de waarheidsvinding in het vooruitzicht. Niet als plicht, maar als mogelijkheid. Het lijkt De Greve meer in de rede te liggen dat partijen en de rechter deze door KEI geboden ruime mogelijkheden eerst gaan benutten om te bezien of dat vol-

20. Snijders, in diens noot onder HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BCI231, *NJ* 2008/466, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, verwoordt het als volgt: ‘Iets anders is, welke rechterlijke attitude men hierbij het meest wenselijk acht. In de afgelopen decennia lijkt een trend aanwijsbaar in de richting van een steeds actievere opstelling van de rechter in het proces.’

doende is om in de gestelde behoefte te voorzien. De Greve stelt dan ook voor af te wachten of na evaluatie te zijner tijd blijkt dat er toch ook nog behoefte is aan een preprocesuele bewijsuitwisseling.

Over de diverse door KEI geboden nadere of andere methoden van bewijsvergaring merkt De Greve nog op dat ook daar het risico van inefficiency op de loer ligt. De kans bestaat dat er nieuwe modellen, nieuwe gebruiken en nieuwe reglementen komen, bijvoorbeeld een gestandaardiseerde KEI-beslissing in plaats van een gestandaardiseerd comparitievonnis. De praktijk kan gemakkelijk vervallen in oude gewoontes en zo de goede bedoelingen illusoir maken. De praktijk dient ervoor te waken dat dát niet gebeurt.

Dat dit risico reëel is, illustreert De Greve met een verwijzing naar de vergadering van de NVvP in 2006 over het *Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*,²¹ waar voorzitter prof. mr. C.J.M. Klaassen in haar inleiding verzuchtte:

‘Dit terwijl binnen de rechterlijke macht bijvoorbeeld wel de vraag werd opgeworpen of van de rechter nog meer kan worden verwacht dan hij al doet. Casemanagement, spreekuurrechter, allemaal prachtig, maar hoe die te verenigen met de productiedruk?’²²

Ynzonides stelde toen in zijn bijdrage:

‘Het is immers sterk de vraag of de gemiddelde comparitierechter op dezelfde actieve wijze kan sturen als het bewuste lid van de Commissie.’²³

Hij zette vervolgens vraagtekens bij het neerleggen van een nog zwaardere last bij comparitierechters, de meedenkende actieve rechter en de consequenties daarvan.

In het kader van de fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht is al de vraag opgeworpen of het wenselijk is de partijautonomie niet meer als richtinggevend te beschouwen.²⁴ Juist op dat punt volgde toen kritiek.²⁵ In de daarop volgende literatuur werd gesteld dat voorzichtigheid geboden blijft en dat het risico bestaat dat, juist als gevolg van de actieve mee-procederende rechter, zaken minder efficiënt worden behandeld en kostbaarder worden.

De Greve juicht de aanbeveling toe om alle huidige verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen – het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht, de voorlopige plaatsopneming en het verstrekken van stukken – te combineren tot één soort verzoek en de vereisten voor toewijzing daarvan gelijk te trekken. Een dergelijke operatie acht hij, tezamen met het daadwerkelijk gaan benutten van de bestaande mogelijkheden die de wet biedt, ruim voldoende om het probleem dat in het Rapport aan de orde wordt gesteld te ondervangen.

Ter toelichting op zijn eerste stelling ‘Een procespartij heeft belang bij het hebben van een slechte advocaat’ bespreekt De Greve eerst de situatie met een lijdelijke rechter: een goede advocaat informeert de rechter en de wederpartij direct, volledig en naar waarheid. De feiten, onderbouwing en grondslagen worden deugdelijk naar voren gebracht. De advocaat voldoet namens de cliënt zo veel als mogelijk aan de stelplicht en de bewijsaandragplicht. Enige verrassing doet zich niet voor en de rechter hoeft in dat kader niet actief te zijn. Het wordt allemaal panklaar voorgeschoteld.

Indien er echter niet goed wordt geprocedeerd, constateert de lijdelijke rechter een hiaat en komt hij tot de slotsom dat als gevolg van dat hiaat de vordering niet kan worden toegewezen (behoudens toepassing van art. 25 Rv) of het verweer moet worden verworpen.

In de situatie met de actieve, meedenkende rechter, die hiaten opvult, kan men de rechter zelf laten zoeken én zelf laten vinden wat in het straatje van de cliënt past. Bijvoorbeeld door onvoldoende te stellen en onvoldoende te onderbouwen, maar wel juist voldoende om de lust bij de rechter te wekken om als actief meedenkende rechter – als snuffelrechter – op zoek te gaan naar het door de rechter zelf verwoorde doel. Deze zal denken: wat sneu dat deze rechtzoekende zo’n slechte advocaat heeft, maar niet getreurd: de actieve rechter zoekt de waarheid die verscholen ligt achter suggesties en halve stellingen.

Het is verleidelijk om bij de bespreking van een actieve rechter die ambtshalve op zoek gaat naar bewijs, uit te komen bij bezwaren zoals de mogelijke schijn van partijdigheid. Bespreking van dergelijke bezwaren laat De Greve rusten. Hij vraagt wel aandacht voor de psychologische kant, bijvoorbeeld de reden waarom mensen spelletjes en raadsels leuk vinden om op te lossen. Het is een beetje irritant zolang ze niet zijn opgelost, maar het vooruitzicht van het vinden van de oplossing en de weg daarnaartoe maken alles goed. Anders gezegd, men wil vinden wat men zoekt en het voelt als voldoening als datgene wat men zoekt ook gevonden wordt. Vooral *high achievers* – vaak mensen met een hoge opleiding – zijn gevoelig voor dergelijke prikkels.

De actieve rechter die een puzzelstukje aandraagt, zal op dat moment al een idee hebben over de inpasbaarheid daarvan in de totale puzzel. Als het puzzelstukje vervolgens ook ergens past, zal dat voldoening geven. Als de rechter zelf bepaalt hoe het puzzelstukje eruitziet, is het heel lastig om als rechter niet

21. J.H. van Dam-Lely & M.L. Tuil, ‘Fundamentele herbezinning. Vergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 19 mei 2006 over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht “Uitgebalanceerd”’, *TCR* 2006, afl. 4, p. 97-100.

22. Zie M. Ynzonides, P. Ingelse & F.B. Bakels, *Beschouwingen over het eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* (Procesrechtelijke reeks NVvP, nr. 16), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 9.

23. Ynzonides e.a. 2006, p. 14.

24. Zie W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, par. 5.4.

25. Vranken in diens noot (punt 8) onder HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, *NJ* 2004/460 (*Regiopolitie/Hovax*).

ook het eindbeeld van de puzzel aan te passen. Maar de voltooiing is groot indien het puzzelstukje blijkt te passen, ook als daarvoor de puzzel moest worden aangepast.

Volgens De Greve wordt zo een gedeelte van de rol van de advocaat als het ware overgeheveld naar de rechter. De advocaat die het standpunt van een cliënt presenteert, daarin volledig is en de vereiste feitelijke en juridische onderbouwing naar voren brengt, geeft geen ruimte voor de competente rechter nieuwe stijl. Een daartegenover gesteld slecht uitgewerkt standpunt van de wederpartij zal de rechter nieuwe stijl uitdagen. Deze zal denken: dáár is werk aan de winkel, en daarom zelf een bewijsopdracht formuleren, bepalen welk bewijs in dat kader moet worden verstrekt en wellicht zelf de grenzen van de rechtsstrijd daarop aanpassen. Die rechter zal stevig in zijn schoenen moeten staan om zich niet op voorhand te vereenzelvigen met de uitkomsten van de door hemzelf vormgegeven snuffeltocht naar de feiten.

Wat zijn nu eigenlijk de relevante feiten, vraagt De Greve zich af. Hij wijst erop dat de Utrechtse hoogleraar geschiedenis H.W. von der Dunk tijdens een hoorcollege op 22 september 2004 waarschuwde voor historici die beweren dat zij alleen maar heel objectief de feiten willen laten spreken:

‘Als u dat leest moet bij u onmiddellijk een rood lichtje opgaan. Nog nooit van zijn leven heeft een feit zijn mond opgedaan. De feiten spreken dankzij de historicus die ze als een soort buikspreeker iets laat zeggen (...) Wat is eigenlijk een feit? Dat is helemaal niet zo makkelijk. Nietzsche heeft terecht gezegd: je moet eens nagaan hoeveel theorie er in ieder zogenaamd feit al verborgen is. We kunnen feiten alleen opmerken vanuit een context. (...) Alle feiten zijn als een soort selectie van de realiteit.’

Deze context moet door partijen en niet door de rechter worden bepaald, aldus De Greve.

Indien de rechter de rechtsstrijd verruimt door daar ambtshalve een debat over verjaring aan toe te voegen, zal deze rechter de natuurlijke aandrang hebben dit verjaringsverweer ook te honoreren. Hetzelfde geldt volgens De Greve voor ambtshalve aanvulling van de feitelijke grondslag: als de rechter zelf actief ergens naar op zoek gaat, is de kans veel groter dat de rechter vervolgens tot de slotsom komt dat hij meent – dus de perceptie heeft – dit ook gevonden te hebben. Dat geeft een gevoel van voldoening, maar dat hoeft niet hand in hand te gaan met deugdelijke waarheidsvinding. De vraag is hoe zich dit verder zal ontwikkelen en of de verschillen in de wijze van behandeling tussen rechters niet verder zullen toenemen.

Over zijn derde stelling, inhoudende dat een rechter-commissaris voor de bewijsgaring nodig is, merkt De Greve het volgende op.

In titel VI ‘Behandeling van de zaak door de rechtbank’ van Sv is in art. 269 lid 2 bepaald:

‘De rechter die als rechter-commissaris enig onderzoek in de zaak heeft verricht, neemt, behoudens bij toepassing van artikel 316, tweede lid, op straffe van nietigheid aan het onderzoek op de terechtzitting geen deel.’

Een van de kerngedachten achter deze bepaling is dat de rechter geen blijk geeft van enige overtuiging omtrent schuld of onschuld van de verdachte (zie ook art. 271 lid 2 Sv). De rechter-commissaris die belast is met het vooronderzoek, mag dus vervolgens niet een oordeel vellen ten gronde.

Ook in dit kader laat De Greve de discussie over mogelijke schijn van partijdigheid rusten, het gaat hem wederom om de psychologische kant. Daartoe verwijst hij in de eerste plaats naar het commentaar bij art. 268 Sv in het handboek van Melai/Groenhuijsen, waarin is vermeld:

‘Het probleem is gelegen in de rol die hij moet vervullen op de terechtzitting. De door de rechter-commissaris in het vooronderzoek opgedane impressies en ingenomen standpunten door het nemen van bepaalde beslissingen kunnen een doorslaggevende rol ter terechtzitting spelen. Deze gevaren heeft de wetgever onderkend. Hij heeft het nodig geacht het onderzoek voorafgaande aan de zitting te scheiden van dat van het onderzoek ter zitting.’²⁶

De Greve haalt verder A-G Knigge aan, die in zijn conclusie voor HR 27 maart 2007 schreef:

‘Art. 268 lid 2 Sv vindt zijn grond mede in de wat hybride positie die de rechter-commissaris zeker aanvankelijk als leider van het gerechtelijk vooronderzoek had. Hij zou daardoor te dicht bij het opsporingsonderzoek betrokken kunnen raken en zich teveel met de resultaten van het vooronderzoek kunnen vereenzelvigen.’²⁷

Dit aspect betreft dus niet alleen de schijn van partijdigheid, maar specifiek ook het psychologische effect, aldus De Greve, die zijn gehoor vervolgens uitnodigt argumenten naar voren te brengen waarom deze ratio alleen in het strafrecht zou gelden en niet ook in het civiele recht.

Discussie

De heer Schuring (oud-raadsheer in het Gerechtshof Den Haag) heeft als gedelegeerd raadsheer-commissaris in strafzaken de ervaring dat advocaat en advocaat-generaal desgevraagd steeds ermee akkoord gaan dat deze raadsheer-commissaris in de combinatie plaatsneemt die de zaak behandelt, en soms zelf daarom verzoeken. Hij vraagt zich af of het uitgangspunt van

26. Melai/ Groenhuijsen e.a., *Archief Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 268 Sv, aant. 4.1.

27. ECLI:NL:PHR:2007:AZ6108, NJ 2007/208, par. 21.

het strafprocesrecht niet zo achterhaald is dat het niet in het civiele procesrecht moet worden ingevoerd.

De Greve licht toe dat de gang van zaken die Schuring beschrijft in de wet is voorzien, maar dat het verschil is dat de strafzaak in dat stadium al op de zitting is behandeld. Dat is vergelijkbaar met de civiele rechter die na comparitie zelf getuigen hoort. Daartegen bestaat geen bezwaar. Wel problematisch is het als in het stadium voordat de hoofdzaak ahangig is, de zaaksrechter aan de bewijsgaring richting geeft, de functie van een rechter in het vooronderzoek. Dit is het probleem dat in art. 268 Sv wordt onderkend.

Mevrouw Snelders (advocaat te Arnhem) haalt de gedragsregel aan dat een advocaat de belangen van zijn cliënt behartigt. Dat is wat anders dan het dienen van de waarheidsvinding. Goed voorstelbaar is bijvoorbeeld dat een advocaat een nadere mondelinge overeenkomst waaraan de cliënt tussen de regels door refereert, niet in het processtuk opneemt. Snelders vraagt zich af hoe het een zich tot het ander verhoudt.

Volgens De Greve is helder dat een advocaat niet een nadere mondelinge overeenkomst moet ontkennen als de cliënt op het bestaan ervan wijst. Mogelijk kan wat is afgesproken wel anders worden uitgelegd. Een spanningsveld, zoals door Snelders ervaren, ziet De Greve niet.

Kaptein denkt dat dit spanningsveld in de praktijk wel degelijk bestaat, maar principieel beschouwd niet omdat art. 21 Rv helder is. Ook de advocaat heeft de taak het recht te doen zegevieren, vanuit het standpunt van de cliënt, maar nooit in strijd met de waarheid.

Mevrouw Wisman (advocaat te Den Haag) merkt op dat de *pre-trial discovery* uit de Angelsaksische traditie leidt tot geschillen over welk bewijs moet worden verschaft en gebruikt mag worden. Dat verhoudt zich niet tot de vrije bewijsleer in Nederland waarbij partijen zelf bepalen wat relevant is. De rechter zit ook niet te wachten op een overdaad aan bewijsstukken. Rechters zouden veel meer gebruik moeten maken van de mogelijkheid om stukken die zij relevant vinden bij partijen op te vragen. Ook als expliciet om toepassing van art. 22 Rv wordt verzocht, gebeurt dat thans te weinig. Het is daarom maar de vraag of de actieve rechter er komt als de mogelijkheden daartoe worden verruimd. Wordt er wel een probleem opgelost met het voorstel van de Expertgroep?

Lock onderschrijft de kritiek van Wisman. Rechters laten nu te vaak de mogelijkheid onbenut om op basis van art. 21 Rv sancties te treffen en op de voet van art. 22 Rv stukken op te vragen. Met KEI – dat de rechter op zichzelf niet veel nieuwe instrumenten biedt – ontstaat echter een cultuuromslag, zoals in het Rapport ook is signaleerd. Het pleidooi van Wisman is dus eigenlijk een pleidooi voor de uitgangspunten van het Rapport.

De heer Van Schaik (advocaat te Berkel) merkt op dat, indien een verschuiving van bewijsvergaring naar de preprocesuele fase plaatsvindt, een civiele rechter-commissaris een nuttig hulpmiddel zou kunnen zijn ter bepaling van de relevantie van

bewijsstukken. In het strafrecht is er een ontwikkeling om te proberen getuigen niet vooraf maar tijdens de behandeling van de zaak te horen, zodat de overtuiging die de rechter ten gronde moet krijgen niet alleen uit de processen-verbaal, maar ook uit eigen ondervraging kan komen. Het lijkt hem daarom geen goed idee om ook getuigenbewijslevering naar voren te halen.

De Greve ziet geen bezwaar tegen getuigenbewijslevering in de voorfase, op voorwaarde dat van dit getuigenverhoor video-opnamen beschikbaar zijn voor de rechter in de hoofdzaak, zodat deze ook een beeld van de getuige heeft. Tot die tijd zou het goed zijn om in de voorfase schriftelijke getuigenverklaringen beschikbaar te stellen en ondervraging door de rechter ter zitting niet uit te sluiten (zodat de zaaksrechter een indruk van de getuige kan krijgen).

Lock vindt een rechter-commissaris in civiele zaken op zichzelf een interessante gedachte. Er is echter een tendens in een andere richting waarneembaar, namelijk enerzijds naar regie door de zaaksrechter, zoals met de KEI-wetgeving is beoogd, en anderzijds naar een grotere invloed van het onmiddellijkheidsbeginsel (zoals in de jurisprudentie van de Hoge Raad valt te lezen).

Volgens de heer Gerretsen (advocaat te Rotterdam) hoeft er niet zoveel bezwaar te bestaan tegen de rechter die een slechte advocaat te hulp schiet. Zoals De Bock heeft geschreven, besteden advocaten vaak te weinig aandacht aan de feiten. De oorzaak van geschillen zit vaak in interpretatie- en perceptieverschillen tussen partijen. Bij doorvragen door de advocaat kunnen deze verschillen boven tafel komen, hetgeen een oplossing van het geschil dichterbij brengt. Het is juist goed dat een rechter doorvraagt waar de advocaat dat niet heeft gedaan. Het gebruik maken of uitbuiten van onhandigheden en onvolkomenheden in de procesvoering van de wederpartij kan niet meer. Het is niet meer dan rechtvaardig dat een cliënt van een slechte advocaat een beetje door de rechter wordt geholpen.

In een individuele zaak kan De Greve het met Gerretsen eens zijn. Maar geconstateerd moet worden dat sommige advocaten tekortschieten. Bij hen ligt het probleem en de oplossing. De rechter moet je niet de fouten van de advocatuur laten oplossen, de rol van de actoren in de procedure moet niet gaan verschuiven.

Over de tendens waarop Lock doelde, merkt De Greve op dat deze weliswaar bestaat, maar dat het dan gaat om een lopende procedure. Als er een voorprocedure is geweest, bijvoorbeeld een kort geding of een procedure op de voet van art. 843a Rv, dan moet deze rechter terughoudend zijn om ook in de bodemprocedure recht te doen.

Lock is geen beleid bekend op grond waarvan de rechter ten overstaan van wie voorlopige bewijsverrichtingen hebben plaatsgevonden, niet de bodemzaak zou moeten behandelen. Dat geldt wel voor de rechter die, bijvoorbeeld in een kort geding, een inhoudelijk oordeel over de zaak heeft gegeven, aldus Lock.

Mevrouw De Groot vraagt zich af welk probleem ermee wordt opgelost als art. 149 tot en met 155 Rv zouden worden afgeschaft.

Volgens Kaptein wordt niets bewezen als feiten als onvoldoende gemotiveerd betwist worden vastgesteld en kan zo zelfs onwaarheid worden bewezen. De rechter heeft nu al een grote vrijheid bij de bewijslastverdeling en kan wat hem betreft beter helemaal vrij worden gelaten. Over de vraag van Snelders merkt Kaptein nog op dat de advocaat onafhankelijk is van de cliënt en niet diens verlengstuk is. Iedere advocaat heeft bovendien beloofd of gezworen dat hij geen zaken zal aannemen waarvan hij in gemoede geloof dat deze niet rechtvaardig zijn. Procederen op basis van feiten waarvan de advocaat weet dat ze onjuist zijn, vormt een schending van deze eed of belofte. Ter zake van de vraag van Gerretsen stelt Kaptein dat perceptieverschillen alleen zijn vast te stellen tegen de achtergrond van een min of meer objectieve werkelijkheid. Anders vallen waarheid en leugen niet te onderscheiden. Er moet dus zoiets zijn als een objectieve werkelijkheid, hoe moeilijk die ook is vast te stellen.

De heer Hammerstein onderschrijft de opmerking van Lock over KEI en de actieve rechter. De afgelopen decennia is de rechter actiever geworden en het Rapport is een stap in deze ontwikkeling. Een stelsel van *pre-trial discovery* is daarmee overigens niet beoogd. Het doel is dat relevante informatie waarover een partij kan beschikken, vroegtijdig in de procedure beschikbaar komt. Hammerstein onderkent dat het vervelend kan zijn om een discussie te voeren over de vraag of het wel of niet te laat is voor een bewijsverrichting, maar werpt op dat dergelijke discussies nu al worden gevoerd in het kader van de goede procesorde, de twee-conclusie-regel en de grenzen van de rechtsstrijd.

Mevrouw Vink (wetgevingsjurist bij het ministerie van Justitie en Veiligheid) geeft aan dat zij met mevrouw Van der Grinten, Raadadviseur bij dit ministerie, werkt aan een wetsvoorstel over de modernisering van ons bewijsrecht. Het Rapport van de Expertgroep vormt hiervoor een belangrijke basis. Het wetsvoorstel over het inzagerecht (art. 843a Rv) is ingetrokken, omdat dit meegenomen wordt in het wetsvoorstel over de modernisering van het bewijsrecht.

De voorzitter dankt de sprekers en kondigt aan dat de volgende vergadering – over derden in de procedure – op 15 juni 2018 zal plaatsvinden.